

Thiago Araújo Guedes*

Saúde: conceituação e surgimento do direito à saúde e do estado social

Resumo: O artigo que segue busca fazer uma análise do conceito de saúde e a evolução do sistema sanitário, tanto no aspecto formal quanto material. Contém a reformulação do paradigma de Estado Liberal para o almejado Estado Social que traz consigo o Estado Democrático de Direito, elevando, assim, o direito à saúde ao patamar de direito fundamental, revelando a dificuldade da matéria devido ao alto grau de complexidade do sistema.

Palavras-chave: Direito fundamental. Estado social. Saúde.

Gesundheit: Konzepte und Ursprung des Rechts auf Gesundheit und der Wohlfahrtsstaat

Zusammenfassung: Der folgende Artikel soll eine Analyse des Begriffs der Gesundheit und des Gesundheitswesens, der formellen und materiellen Aspekt zu machen. Enthalten die Neuformulierung des Paradigmas des liberalen Staates, um den gewünschten Zustand, dass der sozialdemokratische Staat trägt. So erhebt das Recht auf Gesundheit, um die Höhe des Grundrechts offenbart die Schwierigkeit der Sache wegen der hohen Komplexität des Systems.

Stichwort: Grundrechte. Sozialer status. Gesundheit.

Introdução

É inegável que, durante toda a história, ocorreram diversas mudanças das necessidades humanas,¹ seguidas das devidas adaptações nas formas de proteção das mesmas. Contudo, mesmo havendo a alteração das exigências na inexorável marcha do tempo, a hierarquia entre elas sempre se fez presente. O comportamento motivacional, que é explicado pelas necessidades do homem, possui um estado cíclico e constante, tendo como basilar, as

* Acadêmico de Direito, do 9º semestre, da Faculdade da Serra Gaúcha (FSG). Membro do Núcleo de Pesquisa Científica do Curso de Direito (PIC-FSG).

E-mail: thiagoaraujoguedes@gmail.com.

¹ “Com relação às necessidades do ser humano em tempos de complexidade, podem-se seguir os ditames de Colom ao apontar que o homem ‘tenha substituído a lógica da moralidade – a crença nos grandes valores – e a lógica da razão – a crença nas grandes verdades – pela lógica da necessidade – ou a satisfação do desejo” (COLOM, apud TRINDADE, André Fernando dos Reis. *Para entender Luhmann e o direito como sistema autopoietico*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 75).

necessidades fisiológicas, em sua pirâmide hierárquica.² Para que se possa almejar o topo da pirâmide (autorrealização), é de suma importância sanar, primeiramente, as carências básicas do indivíduo, dentre elas a saúde, como fundamental necessidade.

O amparo de tal direito fundamental, diante de sua importância, passou a ser encontrado em diversos ordenamentos jurídicos, tanto nacionais quanto internacionais. Analisando a Carta Magna, nos deparamos com um Estado intervencionista e responsável (fruto de mudanças históricas supra-mencionadas), garantidor de políticas sociais e econômicas necessárias para diminuir o risco de doenças e de outros agravos.

A norma encontra-se presente para a redução de complexidade e proteção daqueles aparados por esta; contudo, não acompanhando a dinâmica da matéria, sendo ora estática, ora insuficiente. O ingresso da sociedade na pós-modernidade³ fez com que a concepção linear normativista se tornasse limitada. Na tentativa de sanar lacunas existentes, e no almejo da obtenção de explicações de maior profundidade a respeito da sociedade e do Direito, nela inserida, nos deparamos com a matriz epistemológica pragmática. A ênfase filosófica dessa nova matriz, que provocou enormes mudanças na teoria do Direito, deve-se ao sociólogo Niklas Luhmann, ao adaptar a “teoria dos sistemas”, de Talcott Parsons⁴ e a “autopoiese” de Humberto Maturana e Francisco Varela,⁵ criando uma concepção “pós-moderna”,⁶ elevan-

² Sobre a teoria das necessidades humanas e o ciclo motivacional, sugere-se a leitura de MASLOW, Abraham. *Motivation and personality*. New York: Harper & Brothers, 1954.

³ “Simplesmente, pode-se dizer que a sociedade pós-moderna é, como o próprio prefixo sugere, aquela sociedade erigida a partir da diferenciação funcional entre o pós e o moderno, ou seja, a sociedade erigida a partir da unidade da diferença entre o moderno e o seu posterior [...]. Nesse sentido, parte-se do entendimento de Luhmann, ao dizer que ‘se entiende por posmodernidad la falta de una descripción unitária del mundo, una razón vinculante para todos o aunque solo sea una posición correcta y común ante el mundo y la sociedad, éste es precisamente el resultado de las condiciones estructurales a las que expone la sociedad moderna. No soporta ningún pensamiento concluyente, no soporta por tanto autoridad alguna. No conoce posiciones a partir de las cuales la sociedad pueda ser descrita en la sociedad de forma vinculante para otros.’” (SCHWARTZ, Germano. *O tratamento jurídico do risco no direito à saúde*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p. 30). Sugere-se, para o entendimento luhmanniano da modernidade e pós-modernidade, leitura de LUHMANN, Niklas. *Observaciones de la modernidad*. Barcelona: Paidós, 1997.

⁴ Para maior entendimento, sugere-se a leitura de PARSONS, Talcott. *Sistema social*. Madrid: Revista de Occidente, 1974.

⁵ Para maior entendimento, sugere-se a leitura de MATURANA, Humberto R.; VARELA, Francisco J. *De máquinas e seres vivos: autopoiese – a organização do vivo*. 3. ed. Porto Alegre: Artes Médicas, 1997.

⁶ A concepção chamada por Leonel Severo Rocha de “pós-moderna”, deve-se ao seguinte fato: “[...] Luhmann vai inspirar-se numa dialética e, com isso, ele vai colocar que o mais importante não é uma perspectiva que está em Habermas de se obter o consenso, mas dizer que, ao contrá-

do o Direito ao nível de sistema jurídico. O aumento da complexidade social fez com que o tema “saúde” atingisse um patamar nunca antes alcançado, passando a ser tratado por sistema interligado com o sistema jurídico.

Busca-se, dessa forma, uma nova forma de analisar o direito, especificamente o direito à saúde, com uma nova vertente, que se torne apta as céleres mudanças sociais. Toda a complexidade do meio social está atrelada à enorme gama de possibilidades existentes, uma vez que, sempre há mais possibilidades realizáveis do que se pode realizar, e a contingência pode causar a frustração⁷ das expectativas. E é por isso que o Direito torna-se um alívio para as expectativas, disponibilizando a diretriz coerente para a sociedade.⁸

Conceituação de saúde

Na antiguidade, a saúde possuía relação com os deuses, com procedência ao código⁹ bênção/desgraça,¹⁰ interligado ao código saúde/enfermidade,

rio, o sentido da sociedade é a produção da diferença. É sempre preciso produzir diferença, não consenso, na linha de Hebermas, nem de maneira nenhuma, estabilização, na perspectiva de Parsons, mas o fundamental é a produção da diferença. A sociedade tem de ser observada com o critério de produção do diferente. Por isso, a teoria de Luhmann é uma concepção de mundo que pode ser chamada, na falta de outro nome, ‘pós-moderna’ (Luhmann se considera um sociólogo da modernidade, porém a sua concepção de modernidade para nós se aproxima mais da ideia de pós-modernidade)” (ROCHA, Leonel Severo; SCHWARTZ, Germano; CLAM, Jean. *Introdução à teoria do sistema autopoiético do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 30).

⁷ Tratando de frustrações no sistema jurídico, Germano Schwartz delibera da seguinte forma: “Ora, o Direito vigente produz frustrações. Todavia, elas devem ser continuamente reprocessadas no seio das decisões jurídicas e então serem absorvidas para servirem de base à mudança do Direito. Assim, forma-se o sistema do Direito de forma autopoiética. Fechado em seu interior, mas aberto ao entorno. Sua evolução reside na interação de sua parte endógena, absorvida pelo exógeno social” (SCHWARTZ, Germano. João Hélio, Pasárgada e a formação de uma nova cultura jurídica no Brasil: problemas de alteridade e de direitos fundamentais desde a teoria dos sistemas sociais autopoiéticos. *Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*, v. 38, n. 109, jan./jun. de 2008, p. 488).

⁸ “A sociedade passa a ser concebida como um tipo de sistema autorreferencial autopoiético, diferenciado do ambiente e operacionalmente fechado, que compreende internamente todas as comunicações, donde decorre sua fragmentação em distintos subsistemas (ou sistemas parciais) funcionais que produzem comunicação submetida a condições mais restritivas, balizadas pelos códigos binários específico de cada subsistema” (VILLAS BÓAS FILHO, Orlando. *Teoria dos sistemas e o direito brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 93).

⁹ “O código é o que facilita as operações recursivas do sistema, a função ou o próprio cumprimento de sua função. A função diferencial funcional e clausalmente do subsistema. Ainda, é o código que diferencia o sistema do entorno. O código binário relativo à função de um subsistema é de sua exclusividade e opera a partir de seus próprios elementos. O código dá a contrapartida, a equivalência negativa necessária para que se possa minimizar a contingência. O código também pressupõe a exclusividade do subsistema, de tal forma que nenhum outro subsistema possa tratar a sua operatividade, preservando sua identidade quando contraposto ao sistema social e a seus

num paradoxo inegável, uma vez que a cura encontrava-se nas mãos do causador da doença. Essa binariedade¹¹ dos tempos primórdios passou por uma reformulação, trazendo a ideia da origem natural da enfermidade. Deixar de lado o pensamento rudimentar e simplista, do originário divino, acarretou ao indivíduo a consciência de tutelar pela sua própria saúde, frente às doenças que até então existiam e, sobretudo, às desconhecidas pelo homem.

Inicia-se no século XIX, com o filósofo alemão Frederick Engels, a relação saúde/trabalho,¹² associando o nível de saúde do indivíduo com o seu ambiente de trabalho,¹³ quando a Inglaterra encontrava-se a ponto de eclodir na Revolução Industrial. Verifica-se, nessa época, o conceito de saúde como ausência de doença (aspecto negativo de saúde), que num primeiro momento configurava-se basicamente como “curativa”.¹⁴ Nessa seara, a saúde toma um foco, e sua importância encontraria um respaldo lógico no sistema capitalista, onde “uma vez doente (“estragado”), o trabalhador deve

demais subsistemas. Assim, para que se consiga perscrutar o código do sistema sanitário, não se pode pensar unicamente na função do sistema (a saúde). É preciso pensar em seu equivalente funcional: a doença. Nesse sentido, assinala Beck: ‘en la realidade ambigua de la sociedad del riesgo, se crea un inagotable deseo de medicina.’” (SCHWARTZ, Germano. A autopoiese do sistema sanitário. *Revista de Direito Sanitário*, v. 4, n. 1, p. 50-59, 2003. Disponível em: <www.almeidadacostaeschwartz.adv.br/artigos/Autopoiese%20do%20 Sistema%20 Sanitario.doc>. Acesso em: 21 out. 2008, p. 5-6).

¹⁰ “[...] nas sociedades antigas, a saúde era ligada a uma ideia de cura por via divina. A uma desgraça dos deuses que somente poderia ser combatida por este prisma” (SCHWARTZ, Germano. *O tratamento jurídico do risco no direito à saúde*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 45).

¹¹ “Nessa estrutura binária há sempre um valor positivo (ou designativo), que traduz a capacidade comunicativa do sistema, e um valor negativo (valor sem designação), que reflete a contingência da inserção do valor positivo no contexto sistêmico. Dessa interação, exsurge uma unidade. Assim, por exemplo, sempre que se trata do código Direito/Não Direito, trata-se de uma operação do sistema jurídico. Ou, quando se está diante de uma operação Governo/Oposição, trata-se do funcionamento do sistema político, bem como o código Pagamento/Não Pagamento se encontra na funcionalidade do sistema econômico” (SCHWARTZ, Germano. A autopoiese do sistema sanitário. *Revista de Direito Sanitário*, v. 4, n. 1, p. 50-59, 2003. Disponível em: <www.almeidadacostaeschwartz.adv.br/artigos/Autopoiese%20do%20Sistema%20Sanitario.doc >. Acesso em: 21 out. 2008. p. 5).

¹² Para maior entendimento, sugere-se a leitura de ENGELS, Frederick. *A situação da classe trabalhadora na Inglaterra*. São Paulo: Global, 1986.

¹³ Fábio Guedes Gomes, nesse diapasão, cita Navarro (1993), dizendo que “esse autor atribui grande importância ao local de trabalho como o espaço de construção dos pactos sociais. Defende a tese de que é nesse ambiente que os trabalhadores, em confronto direto com a classe capitalista, lutam pelos seus interesses imediatos e fundamentais (WRIGHT, 1981)” (GOMES, Fábio Guedes. Conflito social e *welfare state*: estado e desenvolvimento social no Brasil. *Revista Brasileira de Administração Pública*, Rio de Janeiro, v. 1, mar./abr. 2006, p. 201-236).

¹⁴ “Vigora a ideia de ‘saúde’ curativa, o que nada mais é que a cura da doença” (MORAIS 1997, apud SCHWARTZ, Germano. *Direito à saúde: efetivação em uma perspectiva sistêmica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 33).

ser curado (“consertado”). Afinal, a produção não pode cessar, e a força de trabalho deve ser a máxima possível para que se obtenha o maior lucro.¹⁵

Todavia, com o avanço do capitalismo, e o surgimento da ideia do bem-estar social (*welfare state*),¹⁶ com o objetivo de proteger e assegurar dignidade ao padrão de vida do indivíduo, direta e indiretamente afetado por esse modelo de economia, a ideia de curar a doença passou a ter seu contraponto na prevenção. A mudança cura/prevenção torna-se necessária, não para fins humanistas, mas para não atravancar a máquina econômica.

Por razões econômicas o Estado Liberal chamou para si a obrigação de exercer a política sanitária com o objetivo primário de evitar a morte de proletariados que, ocorrendo em elevada escala, poderia comprometer a produção e o lucro do capitalismo.¹⁷

A prevenção torna-se necessária para o fluxo normal da economia, almejando não atravancar o sistema de produção operária. Fica claro que “é por questões financeiras que o Estado passa a adotar a estratégia da saúde preventiva: o trabalhador não pode adoecer porque prejudica o processo de acumulação capitalista simplesmente porque não pode produzir”.¹⁸ Consertar o indivíduo, e colocá-lo novamente no ambiente de trabalho não visava a tanto benefício como o de prevenir que o mesmo adoecesse. Com a prevenção, a indústria teria sempre o seu contingente operante em ação, e sua força de trabalho estaria garantida a todo o momento.

Temos, portanto, que o conceito de saúde perpassou por várias hipóteses, basicamente a tese “curativa” (cura das doenças) e a tese “preventiva” (mediante serviços básicos de atividade sanitária). Em verdade, ambas as teses têm como base a visão de que a saúde é a ausência de doenças (uma visão organicista). [...] Mas o marco teórico-referencial do conceito de saúde foi erigido em 26 de ju-

¹⁵ SCHWARTZ, Germano. *O tratamento jurídico do risco no direito à saúde*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 47.

¹⁶ “A definição de *welfare state* pode ser compreendida como um conjunto de serviços e benefícios sociais de alcance universal promovidos pelo Estado com a finalidade de garantir uma certa ‘harmonia’ entre o avanço das forças de mercado e uma relativa estabilidade social, suprimindo a sociedade de benefícios sociais que significam segurança aos indivíduos para manterem um mínimo de base material e níveis de padrão de vida, que possam enfrentar os efeitos deletérios de uma estrutura de produção capitalista desenvolvida e excludente” (GOMES, Fábio Guedes. Conflito social e *welfare state*: estado e desenvolvimento social no Brasil. *Revista Brasileira de Administração Pública*, Rio de Janeiro, v. 1, mar./abr. 2006, p. 203).

¹⁷ COSTA, 1997, apud SCHWARTZ, Germano. *Direito à saúde: efetivação em uma perspectiva sistêmica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p. 33.

¹⁸ SCHWARTZ, Germano. *O tratamento jurídico do risco no direito à saúde*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 47.

lho de 1946. O preâmbulo da Constituição da Organização Mundial da Saúde (OMS), órgão da ONU, refere que a *saúde é o completo bem-estar físico, mental e social e não apenas a ausência de doenças*. Tal conceito é o primeiro princípio básico para a felicidade, as relações harmoniosas e a segurança de todos os povos (grifo do autor).¹⁹

A Organização Mundial da Saúde, de forma ousada, configura uma nova conceituação de saúde, diferente das existentes anteriormente, deixando límpida a errônea ideia de ausência de doenças, como sendo a única relação com a saúde, trazendo em pauta a questão do completo bem-estar físico, mental e social. A fim de alcançar essa plenitude vislumbrada na Constituição da OMS, e com a quebra de paradigma do Estado Liberal, onde cada um era responsável por sua saúde, “o Estado interventor deveria, pois, proporcionar a saúde aos seus cidadãos mediante serviços básicos de atividade sanitária”.²⁰ Essa mudança da forma de interação do Estado baseou-se na ineficácia do tratamento da saúde, uma vez que a pessoa não contava com o suporte necessário para manter-se saudável.

[...] como resultou ineficaz a ideia de que cada um deveria cuidar de sua saúde, o Estado começou a avocar para si o tratamento das doenças, e o indivíduo passou, por exemplo, a ter direito de frequentar um hospital, ao que se pode denominar de início de um Direito à saúde ligado à presença do Estado – entendido como instituição demonstrativa da elevação de complexidade/contingência da sociedade.

Dessa forma, pode-se afirmar que a tese da saúde unicamente como negatividade da doença e/ou enfermidade²¹ perdurou até o advento do *welfare state*. A partir daí o Estado começa a avocar para si o papel que era do indivíduo: tratar da saúde. E aí a saúde passa a ser pública, e não individual.²²

A partir desse novo tipo de Estado, interventor e de política ativa para as demandas sociais, não só ocorreu a alteração da forma de tratamento da saúde (material), assim como os meios positivos para resguardar a mesma no ordenamento jurídico (formal), configurando-se um direito social e fundamental para o homem, indo de encontro aos novos paradigmas: o Estado Social e o Estado Democrático de Direito.

¹⁹ SCHWARTZ, Germano. *Direito à saúde: efetivação em uma perspectiva sistêmica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p. 35.

²⁰ SCHWARTZ, Germano. *Direito à saúde: efetivação em uma perspectiva sistêmica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p. 34.

²¹ “Veja-se e constate-se que essa ideia de saúde tem aspecto negativo. Ter saúde àquela época era não estar doente” (SCHWARTZ, Germano. *O tratamento jurídico do risco no direito à saúde*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 45).

²² Id., *ibid.*, p. 47.

O novo modelo de Estado: Constituição e direitos fundamentais

Com o surgimento do Estado Social, iniciou-se o confronto contra o paradigma do Estado Liberal, na busca de uma forma diferente de constitucionalizar as leis, em desacordo com os ideais dominantes até então. Segundo Paulo Bonavides, esta se tornou “a face moderna das Constituições”.²³ Todavia, a “consagração formal de liberdade e igualdade não gerava a garantia do seu efetivo gozo”,²⁴ liberdade e igualdade essas, que foram arduamente defendidas no período revolucionário do século XVIII, com o seu ápice na Revolução Francesa, transformando-se em premissas juntamente com a fraternidade. O constitucionalismo moderno²⁵ voltou-se à despersonalização do poder, uma vez que “la historia del constitucionalismo no es sino la búsqueda por el hombre político de las limitaciones al poder absoluto ejercido por los detentadores del poder”.²⁶

A partir dos ideais iluministas, constituíram-se os direitos fundamentais²⁷ de primeira geração,²⁸ chamados de direitos individuais. O apogeu da discussão baseava-se na supremacia estatal.²⁹ Muitos movimentos político-sociais ocorreram, devido à injusta imposição do soberano, fazendo com que

²³ BONAVIDES, Paulo. Curso de *Direito Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 1994. p. 218.

²⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 55.

²⁵ “Constitucionalismo é a teoria (ou ideologia) que ergue o princípio do governo limitado indispensável à garantia dos direitos em dimensão estruturante da organização político-social de uma comunidade. Neste sentido, o constitucionalismo moderno representará uma técnica específica de limitação do poder com fins garantísticos. O conceito de constitucionalismo transporta, assim, um claro juízo de valor. É, no fundo, uma teoria normativa da política, tal como a teoria da democracia ou a teoria do liberalismo” (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e teoria da constituição*. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1993. p. 48).

²⁶ LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la Constitución*. Barcelona: Ariel, 1986. p. 150.

²⁷ Para Silva, os direitos fundamentais “são aquelas prerrogativas e instituições que o Direito Positivo concretiza em garantias, como convivência digna, livre e igualitária de todas as pessoas” (SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional positivo*. São Paulo: Malheiros, 2006. p.178).

²⁸ Cabe a análise dos direitos fundamentais sob a perspectiva de “gerações” ao pensador italiano Norberto Bobbio (BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992). Doutrinadores como Ingo Wolfgang Sarlet adotam o termo “dimensão,” ao invés de “geração”, devido ao caráter cumulativo dos direitos fundamentais (SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001).

²⁹ Alexandre de Moraes aponta que “essas ideias encontravam um ponto fundamental em comum, a necessidade de limitação e controle dos abusos de poder do próprio Estado e de suas autoridades constituídas e a consagração dos princípios básicos da igualdade e da legalidade como regentes do Estado moderno e contemporâneo” (MORAES, Alexandre de. *Direitos humanos fundamentais*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2000. p. 19).

ocorresse a separação e o exercício fracionado do poder,³⁰ dentre outras mudanças, para maior proteção do cidadão contra o *leviatã*.³¹ A problemática envolvendo os direitos do indivíduo frente ao Estado³² fez da Constituição uma “ordenação sistemática e racional da comunidade política através de um documento escrito no qual se declaram as liberdades e os direitos e se fixam os limites do poder político”.³³

Sob pressões sociais e ideológicas do marxismo, o ideal, nesse novo modelo de Estado, voltava-se à garantia e igualdade dos direitos materiais, e não somente dos meramente formais, influenciando sobremaneira a obtenção de uma reestruturação do liberalismo,³⁴ na luta pelos chamados “serviços sociais”, posteriormente, pelo Estado Social. O *welfare state*, sobretudo, surgiu no intuito de garantir uma seguridade social no *laissez-faire*, fornecendo os benefícios mínimos para os indivíduos brutalmente afetados por esse modelo de mercado, em decorrência da expansão do capitalismo.

A exigência do aumento da atividade prestacional pública, em sentido estrito, possuía o intuito de obter uma maior intervenção do Estado, deixando de lado a política passiva, promovendo os interesses sociais coletivos, e uma “materialização do direito”.³⁵ Inicia-se então, através do nascimento do Estado Social, a segunda geração dos direitos fundamentais do homem,

³⁰ Algumas das bases teóricas, referentes ao Estado Liberal, foram preconizadas por John Locke (LOCKE, John. *Dois tratados sobre o governo civil*. São Paulo: Martins Fontes, 1998). Assim como Locke, Montesquieu também contribuiu sobremaneira com essa linha liberal, desenvolvendo a teoria da separação dos poderes, buscando limitar e equilibrar as ações do Estado (MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. *O espírito das leis*. São Paulo: Martins Fontes, 1996). Sobre a separação dos poderes, Silva nos aponta que assim “se revela o princípio da separação dos poderes como matriz de todas as garantias dos direitos dos homens” (SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional positivo*. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 412-413).

³¹ Tratado pelo filósofo inglês Thomas Hobbes como o soberano. Para maior entendimento sugere-se a leitura de HOBBS, Thomas. *Leviatã*. São Paulo: Martin Claret, 2002.

³² Conforme explica Ingo Wolfgang Sarlet, esses direitos são “de cunho negativo, uma vez que dirigidos a uma abstenção, e não a uma conduta positiva por parte dos poderes públicos” (SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 50).

³³ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e teoria da constituição*. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1993. p. 48.

³⁴ Menelick de Carvalho Netto aponta que essas ideologias, que buscam uma reestruturação do liberalismo, “animam os movimentos coletivos de massa cada vez mais significativos e neles reforça com a luta pelos direitos coletivos e sociais” (CARVALHO NETTO, Menelick de. Requisitos paradigmáticos da interpretação jurídica sob o paradigma do Estado democrático de direito. *Revista de Direito Comparado*, Belo Horizonte, n. 3, maio 1999, p. 478).

³⁵ HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre a facticidade e validade*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro. 1997. v. 2, p. 127.

os chamados direitos sociais,³⁶ marcando, dessa forma, a fase do constitucionalismo social.

A extrema relevância dos direitos e da dignidade da pessoa humana, no cenário mundial, deu-se somente após o estado de tensão gerado pelo III Reich, assim como constitucionalização dos direitos sociais. Nessa ótica, em 1948 foi ratificada a Declaração Universal dos Direitos Humanos,³⁷ que “representa a consciência histórica que a humanidade tem dos próprios valores fundamentais”,³⁸ o que levou Bobbio a qualificar a era pós-guerra como a “Era dos Direitos”.³⁹ Emerge, assim, o paradigma do Estado Democrático de Direito,⁴⁰ que possui como princípio básico “a inalienabilidade dos direitos fundamentais reconhecidos ao homem”,⁴¹ sendo estes inalienáveis, invioláveis e imprescritíveis, e o “constitucionalismo”.

³⁶ Moraes conceitua direitos sociais como “[...] direitos fundamentais do homem, caracterizando-se como verdadeiras liberdades positivas, de observância obrigatória em um Estado Social de Direito, tendo por finalidade a melhoria de condições de vida aos hipossuficientes, visando à concretização da igualdade social, e são consagrados como fundamentos do Estado democrático, pelo art. 1º, IV, da Constituição Federal” (MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2003. p. 202). “Podemos dizer que os direitos sociais, como dimensão dos direitos fundamentais do homem, são prestações positivas proporcionadas pelo Estado direta ou indiretamente, enunciadas em normas constitucionais, que possibilitam melhores condições de vida aos mais fracos, direitos que tendem a realizar a equalização de situações sociais desiguais. São, portanto, direitos que se ligam ao direito de igualdade. Valem como pressupostos do gozo dos direitos individuais na medida em que criam condições materiais mais propícias ao aferimento da igualdade real [...]” (SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional positivo*. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 286). Salientando a igualdade real, o saudoso jurista Rui Barbosa já dizia que “tratar com desigualdade a iguais, ou a desiguais com igualdade, seria desigualdade flagrante, e não igualdade real” (BARBOSA, Rui. *Oração dos moços*. Rio de Janeiro: Casa de Rui Barbosa, 1956).

³⁷ Declaração Universal dos Direitos Humanos, adotada e proclamada pela resolução 217A (III) da Assembleia Geral das Nações Unidas, em 10 de dezembro de 1948.

³⁸ BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992. p. 34.

³⁹ Para maior entendimento sugere-se a leitura de BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992. p. 49-65.

⁴⁰ “Pode-se dizer que o Estado Democrático é uma espécie de segunda fase do Estado Social, que adveio das principais constituições do período entre 1940 e 1950. [...] Assim, visto que o Estado Social e o Estado Democrático devem ser agrupados, tratados como um conjunto orgânico, alguns de seus atributos também serão comuns ou compartilhados, como ocorre com esse princípio de humanização do Estado e do Direito. Para o Estado Social, o princípio da dignidade da pessoa humana é basilar [...]. Pois bem, esse também será o primeiro princípio do Estado Democrático, que o tomará de empréstimo do Estado Social, para figurar dali em diante em todas as Constituições: na CF de 88, por exemplo, corresponde perfeitamente ao artigo 3º, III. Portanto, como princípio fundamental do Estado Social, o princípio da dignidade da pessoa humana será um importante princípio do Estado Democrático” (MARTINEZ, Vinício C. Estado do bem-estar social ou Estado social? *Jus Navigandi*, Teresina, ano 9, n. 656, 24 abr. 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6623>>. Acesso em: 07 mar. 2009).

⁴¹ GOYARD-FABRE, Simone. *Os princípios filosóficos do direito político moderno*. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 60.

A proteção dos direitos supra iniciou-se nos ordenamentos jurídicos nacionais e internacionais, com a finalidade de garantir a dignidade da pessoa humana. A Constituição Federal de 1988, entendida como “o conjunto de normas de maior grau hierárquico no direito nacional”,⁴² não ignorou as mudanças ocorridas com o Direito após a Segunda Guerra Mundial. Hans Kelsen observa que “as Constituições modernas contêm não apenas regras sobre os órgãos e o procedimento da legislação, mas também um catálogo de direitos fundamentais dos indivíduos ou de liberdades individuais”.⁴³ Dessa maneira, a fundamentalidade dos direitos passou a ser vislumbrada formalmente,⁴⁴ pelos mesmos direitos estarem positivados na constituição, da mesma forma que materialmente, por não estarem expressamente constitucionalizados.⁴⁵ O Legislador-Constituinte, além de elencar, e posteriormente ampliar, o rol de direitos fundamentais, ele ainda positivou no Título II (arts. 5º a 17) da Constituição Federal: *Dos direitos e garantias fundamentais*.

No que diz respeito aos direitos sociais, eles apenas foram reconhecidos pela Constituição Cidadã, a qual tratou de fazer uma íntima ligação entre os direitos humanos e os do cidadão, trazendo uma inegável conquista aos que por ela seriam amparados. Dentre eles (Cap. II da CF/88), encontra-se o direito à saúde, que possui íntima ligação com o direito à vida, garantido pelo caput do artigo 5º da Carta Magna, e sendo dela indissociável. Um grande ponto de ligação entre as Constituições modernas está no fato de elas possuírem uma ordenação sistemática de direitos, baseando-se muito nas diretrizes dos direitos humanos. “As Constitui-

⁴² KELSEN, Hans. *Teoria geral do direito e do estado*. 3. ed. 2. tir. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 182.

⁴³ KELSEN, Hans. *Jurisdição constitucional*. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 131.

⁴⁴ “Os direitos fundamentais formais são as posições jurídicas subjetivas protegidas pela Constituição Formal por estarem nela inscritas” (MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2000. Tomo 4, p. 9), e por serem “aqueles direitos que o direito vigente qualifica de direitos fundamentais.” (HESSE, Konrad. *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998. p. 225).

⁴⁵ “De modo geral, os direitos fundamentais em sentido formal podem, na esteira de K. Hesse, ser definidos como aquelas posições jurídicas da pessoa – na sua dimensão individual, coletiva ou social – que, por decisão expressa do Legislador-Constituinte, foram consagradas no catálogo dos direitos fundamentais (aqui considerados em sentido amplo). Direitos fundamentais em sentido material são aqueles que, apesar de se encontrarem fora do catálogo, por seu conteúdo e por sua importância, podem ser equiparados aos direitos formalmente e materialmente fundamentais” (SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 55).

ções, portanto, podem ser observadas como formas aquisitivas e contingenciais de uma elevação de complexidade que diferencia a sociedade moderna da antiga [...]”.⁴⁶ A complexidade das demandas sociais e do próprio sistema social trouxe consigo, para a sociedade contemporânea, a variável risco. Mas, conforme Giddens, “o risco é a dinâmica mobilizadora de uma sociedade propensa a mudanças, que deseja determinar seu próprio futuro em vez de confiá-lo à religião, à tradição ou aos caprichos da natureza”.⁴⁷

Considerações finais

Por óbvio, a saúde sempre se encontrou no patamar mais alto de qualquer iminência, num paradoxo envolvendo a base e o topo de um ciclo piramidal; porém a proteção ao direito supra nem sempre se igualou ao seu grau de importância. Apesar do direito à saúde estar previsto na Constituição Federal como cláusula pétrea, tal garantia fundamental não vem atingindo sua efetividade⁴⁸ no plano material. Denota-se uma imprecisão de um sistema efetivo, devido à alternância das necessidades durante toda a história do Direito, e a busca pela plenitude legal em uma trajetória utópica e ambígua da história do homem.⁴⁹

⁴⁶ SCHWARTZ, Germano. *O tratamento jurídico do risco no direito à saúde*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 33.

⁴⁷ GIDDENS, Anthony. *Mundo em descontrolado: o que a globalização está fazendo de nós*. Rio de Janeiro: Record, 2002. p. 34.

⁴⁸ “[...] o mais importante para o sistema do Direito – não mais normativo – passa a ser a efetividade. É preciso eficácia naquilo que o Direito determina como comportamento obrigatório, como possibilidade de construção de algum tipo de realidade social” (ROCHA, Leonel Severo. Observações sobre autopoiese, normativismo e pluralismo jurídico. In: STRECK, Lenio L.; MORAIS, José L. Bolzan (Org.). *Constituição, sistemas sociais e hermenêutica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. v. 4, p. 167-182). “O grande problema do Direito nas sociedades complexas passa a ser, portanto, a efetividade de seu processo de tomada de decisão. O Poder Judiciário ocupa, nessa lógica, uma função determinante: operacionalizar, com efetividade, a equação entre os meios normativos e os fins sociais” (ROCHA, Leonel Severo; KING, Michael; SCHWARTZ Germano. *A verdade sobre a autopoiese no direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 32).

⁴⁹ “[...] descendo do plano ideal ao plano real, uma coisa é falar dos direitos do homem, direitos sempre novos e cada vez mais extensos, e justificá-los com argumentos convincentes; outra coisa é garantir-lhes uma proteção efetiva. Sobre isso, é oportuna ainda a seguinte consideração: à medida que as pretensões aumentam, a satisfação delas torna-se cada vez mais difícil. Os direitos sociais como se sabe, são mais difíceis de proteger do que os direitos de liberdade” (BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992. p. 63).

A sociedade brasileira, em comunhão com o resto do mundo, está adquirindo cada vez mais a consciência⁵⁰ do direito à saúde, como um dos primordiais direitos fundamentais do homem.⁵¹ A alarmante desigualdade social, e a negação dos direitos sociais,⁵² tão almeçados e arduamente conquistados, estão causando uma frustração da expectativa da expectativa,⁵³ reduzindo a cidadania à liberdade civil e política, numa contradição com a desigualdade social.⁵⁴ Os direitos fundamentais, fundados a partir do período iluminista da sociedade, trouxe consigo diretrizes basilares para as relações entre pares e do cidadão/soberano, em uma binariedade que só pôde ser desmistificada com o paradigma do Estado Social. A busca por um Estado interventor e ativo tornou-se frenética, na intenção de assegurar a igualdade material e a seguridade social.

⁵⁰ “[...] os direitos ‘invioláveis’ da humanidade não podem ser ameaçados senão pela humanidade e não podem ser tutelados senão pela própria humanidade” (RESTA, Eligio. *O direito fraterno*. Trad. De Sandra R. M. Vial. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2004. p. 52).

⁵¹ Na expressão “direitos fundamentais do homem”, como delibera José Afonso da Silva “no qualificativo “fundamental”, acha-se a indicação de que se trata de situações jurídicas sem as quais a pessoa humana não se realiza, não convive e, às vezes, nem mesmo sobrevive; fundamentais do homem no sentido de que a todos, por igual, devem ser, não apenas formalmente reconhecidos, mas concreta e materialmente efetivados. Do homem, não como o macho da espécie, mas no sentido de pessoa humana” (SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional positivo*. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 178).

⁵² “[...] diante da complexidade com que se travam as relações sociais, é impossível evitar conflitos de interesse entre os cidadãos, ou entre estes e o próprio Estado, a respeito da interpretação dos direitos subjetivos e da fiel aplicação do direito objetivo aos casos concretos” (THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. 37. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001. v. 1, p. 6).

⁵³ “Essa sensação de distanciamento entre o texto e a praxis também é verificada e, mais, sentida, pelos seus tutelados. O sentimento de descompasso entre a expectativa sobre a norma positivada e a expectativa de seu (des)cumprimento gera um mecanismo reflexivo de alta complexidade já denunciado por Luhmann: a expectativa de expectativas” (SCHWARTZ, Germano. *Direito e literatura: proposições iniciais para um observador de segundo grau do sistema jurídico*. Disponível em: <<http://www.almeidadacostaeschwartz.adv.br/artigos/Direito%20e%20Literatura.doc>>. Acesso em: 21 out. 2008.).

⁵⁴ “O problema fundamental em relação aos direitos do homem, hoje, não é tanto o de justificá-los, mas o de protegê-los. Trata-se de um problema não filosófico, mas político [...]. Com efeito, o problema que temos diante de nós não é filosófico, mas jurídico e, num sentido mais amplo, político. Não se trata de saber quais e quantos são esses direitos, qual a sua natureza e seu fundamento, se são direitos naturais ou históricos, absolutos ou relativos, mas sim qual é o modo mais seguro para garanti-los, para impedir que, apesar das solenes declarações, eles sejam continuamente violados” (BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992. p. 24-25).

Pode-se contemplar a preocupação com o “risco”, envolvendo a saúde, na legislação, em âmbito federal,⁵⁵ no artigo 196 da Constituição Federal de 1988, que diz, *in verbis*: “A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para a promoção, proteção e recuperação.” Esse risco aumenta a complexidade do sistema jurídico, não podendo ser diferente na sociedade contemporânea, assim como a complexidade do sistema social aumenta o risco,⁵⁶ na chamada sociedade do risco.⁵⁷ Segundo Germano Schwartz,

[...] a expressão ‘risco de doenças’ está ligada a uma ideia de saúde ‘preventiva’; de outra banda, ‘outros agravos’ significa a impossibilidade de tudo se prever em relação à saúde, o que reforça a ideia da excessiva contingência sanitária, que somente poderá ser reduzida através da adoção da matriz pragmático-sistêmica de direito.⁵⁸

O que dificulta a dinâmica social, e torna complexo o sistema jurídico e sanitário (direito à saúde) é a imensa possibilidade de atos que podem ser realizados.⁵⁹ E baseado nessa problemática que surgiu uma nova forma de observar o social, devido a sua evolução, muito mais célere que qualquer outro sistema do entorno. Dessa forma, “a sociedade contemporânea tem como característica maior o risco e a incerteza, no que se difere da sociedade moderna, que primava pelo perigo e pela certeza”.⁶⁰ Enquanto a tomada

⁵⁵ “A saúde é um direito público subjetivo e possui característica marcadamente individual. Daí que todas as garantias individuais concernentes a direitos fundamentais são legítimas na busca da efetivação do direito à saúde mediante a oposição de um vínculo obrigacional entre o cidadão-credor e o Estado-devedor” (SCHWARTZ, Germano. *Direito à saúde: efetivação em uma perspectiva sistêmica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p. 121).

⁵⁶ “O risco sempre foi uma constante. O que ocorre com o acirramento das possibilidades de escolha, conjuntamente com a autoconsciência desse aumento de complexidade, o risco aflora em um ambiente caracterizado pelas incertezas” (TRINDADE, André Fernando dos Reis. *Os direitos fundamentais em uma perspectiva autopoietica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 113).

⁵⁷ Para maior entendimento, sugere-se a leitura de BECK, Ulrich. *Risikogesellschaft*. Frankfurt: Suhrkamp 1986.

⁵⁸ SCHWARTZ, Germano. *Direito à saúde: efetivação em uma perspectiva sistêmica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p. 98.

⁵⁹ “Neste sentido, gera-se o risco de que a escolha realizada pelo indivíduo não seja a mais adequada” (TRINDADE, André Fernando dos Reis. *Para entender Luhmann e o direito como sistema autopoietico*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 35).

⁶⁰ SCHWARTZ, Germano. *O tratamento jurídico do risco no direito à saúde*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 39.

de decisão busca reduzir tal complexidade, a mesma decisão tomada, ligada ao dano, traz o risco, e, por conseguinte, a complexidade.⁶¹ É um paradoxo que deve ser muito bem analisado para o entendimento da questão. Os sistemas sociais buscam justamente a redução dessa complexidade, mantendo certo controle sobre as contingências,⁶² sendo que “la contingencia significa riesgo”.⁶³

Referências

- ARAUJO, Luiz Alberto David; NUNES JUNIOR, Vidal Serrano. *Curso de Direito Constitucional*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.
- ARNAUD, André-Jean; DULCE, M. J. F. *Introdução à análise sociológica dos sistemas jurídicos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.
- BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Malheiros, 1994.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1993.
- DALLARI, Sueli Gandolfi. O direito à saúde. *Revista de Saúde Pública* [online]. 1988, v. 22, n. 1, p. 57-63.
- GIDDENS, Anthony. *Mundo em descontrole: o que a globalização está fazendo de nós*. Rio de Janeiro: Record, 2002.
- GOMES, Fábio Guedes. Conflito social e *welfare state*: estado e desenvolvimento social no Brasil. *Revista Brasileira de Administração Pública*, Rio de Janeiro, v. 1, mar./abr. 2006, p. 201-236.
- GOYARD-FABRE, Simone. *Os princípios filosóficos do direito político moderno*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre a facticidade e validade*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. v. 2.
- HESSE, Konrad. *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha*. Trad. de Luiz Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998.

⁶¹ Para maior entendimento, sugere-se a leitura LUHMANN, Niklas. *Soziologie des Risikos*. Berlin: Walter de Gruyter, 1991.

⁶² Para maior entendimento, sugere-se a leitura LUHMANN, Niklas. *Observaciones de la modernidad. Racionalidad y contingencia en la sociedad moderna*. Barcelona: Paidós, 1992). Luhmann, de forma clara, busca explicar o termo “complexidade” e “contingência” em seu livro *Sociologia do Direito I*, dizendo da seguinte forma: “Como complexidade queremos dizer que sempre existem mais possibilidades do que se pode realizar. Por contingência, entendemos o fato de que as possibilidades apontadas para as demais experiências poderiam ser diferentes das esperadas” (LUHMANN, Niklas. *Sociologia do Direito I*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983. p. 45).

⁶³ LUHMANN, Niklas. *La sociedad de la sociedad*. Berlin: Walter de Gruyter, 1991. p. 101.

- KANT, Immanuel. *A metafísica dos costumes: a doutrina do direito e a doutrina da virtude*. São Paulo: Edipro, 2003.
- KELSEN, Hans. *Teoria geral do direito e do estado*. 3. ed. 2. tir. São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- _____. *Jurisdição constitucional*. São Paulo: Martins Fontes, 2003a.
- _____. *Teoria pura do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2003b.
- LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la constitución*. Barcelona: Ariel, 1986.
- LUHMANN, Niklas. *Sociologia do Direito I*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983.
- _____. *La sociedad de la sociedad*. Berlin: Walter de Gruyter, 1991.
- _____. *Observaciones de la modernidad. Racionalidad y contingencia en la sociedad moderna*. Barcelona: Paidós, 1992.
- MARTINEZ, Vinício C. Estado do bem estar social ou Estado social? *Jus Navigandi*, Teresina, ano 9, n. 656, 24 abr. 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6623>>. Acesso em: 07 mar. 2009.
- MASLOW, Abraham Harold. *Motivation and personality*. New York: Harper & Brothers, 1954.
- MATURANA, Humberto R.; VARELA, Francisco J. *De máquinas e seres vivos: autopoiese – a organização do vivo*. 3. ed. Porto Alegre: Artes Médicas, 1997.
- MIRANDA, Jorge. *Manual de direitos constitucional*. 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2000. Tomo 4.
- MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. *O espírito das leis*. São Paulo: Martins Fontes, 1996.
- MORAES, Alexandre de. *Direitos humanos fundamentais*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2000.
- _____. *Direito Constitucional*. São Paulo: Atlas, 2003.
- PARSONS, Talcott. *Sistema social*. Madrid: Revista de Occidente, 1974.
- _____. *Action theory and the human condition*. New York: Free Press, 1978.
- RESTA, Eligio. *O direito fraterno*. Trad. de Sandra R. M. Vial. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2004.
- ROCHA, Leonel Severo. Observações sobre autopoiese, normativismo e pluralismo jurídico. In: STRECK, Lenio L.; MORAIS, José L. Bolzan (Org.). *Constituição, sistemas sociais e hermenêutica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. v. 4, p. 167-182.
- ROCHA, Leonel Severo; SCHWARTZ, Germano A. D.; CLAM, Jean. *Introdução à teoria do sistema autopoietico do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.
- ROCHA, Leonel Severo; KING, Michael; SCHWARTZ Germano. *A verdade sobre a autopoiese no direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.
- SCHWARTZ, Germano A. D. *O tratamento jurídico do risco no direito à saúde*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.
- _____. *Direito à saúde: efetivação em uma perspectiva sistêmica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

- _____. A autopoiese do sistema sanitário. *Revista de Direito Sanitário*, v. 4, n. 1, p. 50-59, 2003.
Disponível em:
<www.almeidadacostaeschwartz.adv.br/artigos/Autopoiese%20do%20Sistema%20Sanitario.doc>.
Acesso em: 21 out. 2008.
- _____. João Hélio, Pasárgada e a formação de uma nova cultura jurídica no Brasil: problemas de alteridade e de direitos fundamentais desde a teoria dos sistemas sociais autopoieticos. *Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*, v. 38, n. 109, jan./jun. 2008, p. 481-499.
- _____. Direito e literatura: proposições iniciais para um observador de segundo grau do sistema jurídico. Disponível em:
<<http://www.almeidadacostaeschwartz.adv.br/artigos/Direito%20e%20Literatura.doc>>.html>.
Acesso em: 21 out. 2008.
- SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional positivo*. São Paulo: Malheiros, 2006.
- TEUBNER, Gunther. *O Direito como sistemas autopoietico*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1993.
- THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. 37. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001, v. 1.
- TRINDADE, André Fernando dos Reis. *Os direitos fundamentais em uma perspectiva autopoietica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.
- _____. *Para entender Luhmann e o direito como sistema autopoietico*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.
- VILLAS BÔAS FILHO, Orlando. *Teoria dos sistemas e o direito brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2009.

Recebido em 22/04/2010, aprovado em 08/06/2010.